



GULATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 23.03.2022

Saksnr.: 21-119638FØR-GULA/AVD1

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Jarle Golten Smørdal
Arnt E. Skjefstad
Wiggo Storhaug Larssen

Saksøker

Schibsted ASA

Advokat Håkon André
Cosma Størdal
Advokat Stephan
Lange Jervell
Advokatfullmektig
Edvard Hamer Rojahn

Saksøkt

Konkurransetilsynet

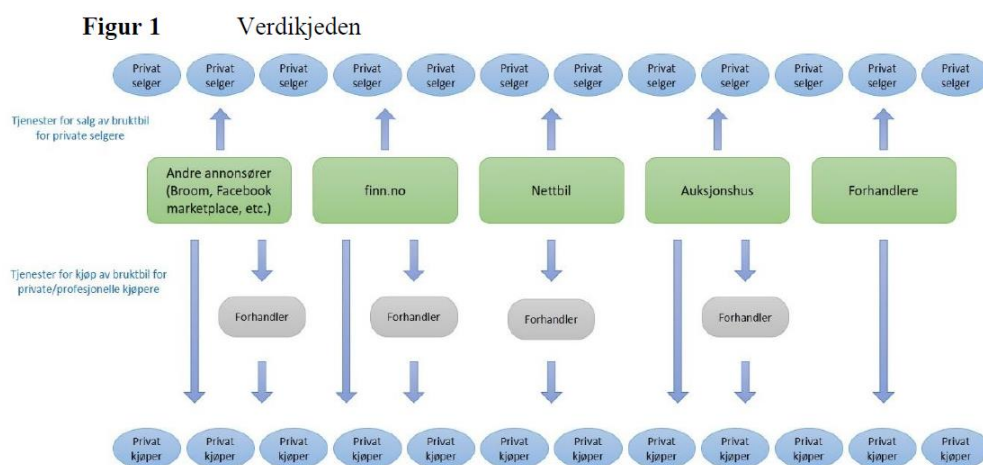
Advokat Lisa-Mari
Moen Jünge
Advokat Gøran
Østerman Thengs

Saken gjelder rettslig overprøving av Konkurransklagenemndas (også omtalt som «nemnda», vedtak om å forby Schibsted ASA sitt oppkjøp av Nettbil AS etter konkurranseloven § 16.

Kort om sakens bakgrunn og prosesshistorikk:

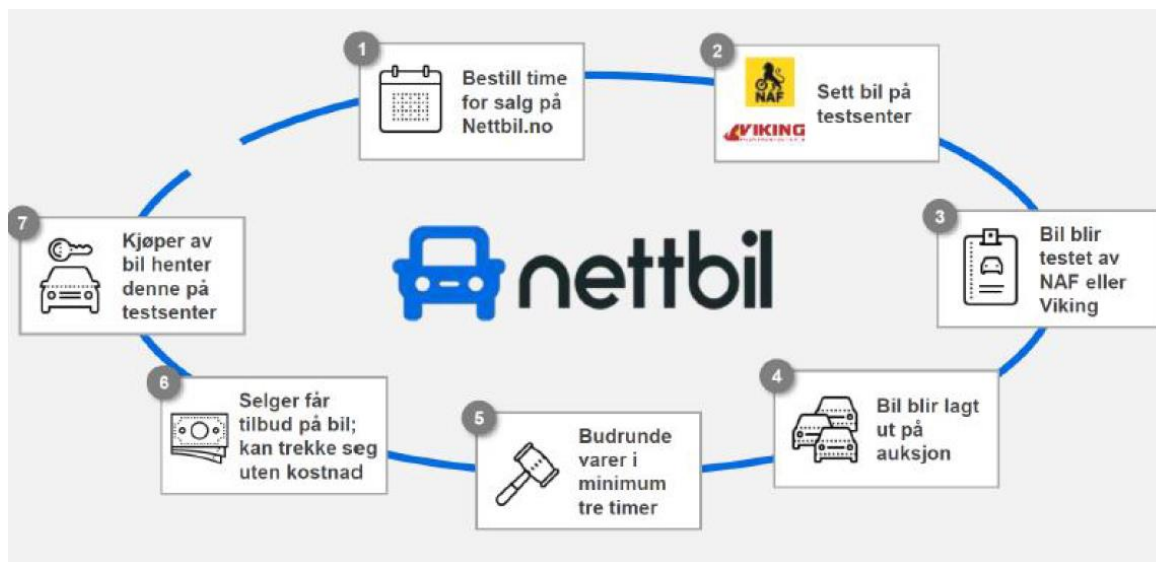
Bruktbilmarkedet i Norge omfatter både privates salg til andre private (C2C), privates salg til forhandler (C2B), forhandleres salg til private (B2C) og salg mellom forhandlere (B2B). I 2019 skiftet i overkant av 474 000 bruktbiler eier, jf. nemndas vedtak avsnitt 235 med videre henvisning. Privates salg til forhandlere skjer ofte i form av innbytte ved kjøp av annen bil. Nemnda la til grunn at ca 200 000 av det totale antall bruktbilssalg er privatpersoners salg av bruktbil til forhandler (vedtaket avsnitt 235).

I nemndas vedtak avsnitt 43 er verdikjeden for tjenester knyttet til privates salg av bruktbil illustrert slik:



Schibsted ASA er et nordisk mediekonsern som er majoritetseier i Finn AS. Finn AS driver Finn.no. som mellom selger rubrikkannonser for bruktbiler. Både private og bilforhandlere benytter Finn.no til annonsering, og både private og forhandlere kan kjøpe biler som er annonsert på Finn.no. Prisen for en annonse varierer, men en privatperson betaler i gjennomsnitt 440 kroner inkl mva ved annonsering av biler med salgspris under 50 000 kroner, og 918 kroner for biler med salgsverdi over 50 000 kroner. Beløpet betales uavhengig av om bilen blir solgt, eller ikke. Denne fremgangsmåten forutsetter en del egeninnsats fra selger, og salgsprosessen tar som regel tid. Ved salg til andre private oppnås regelmessig høyest mulig pris, men selger har reklamasjonsansvar. Ved salg til forhandlere, enten dette skjer direkte eller etter annonse på Finn.no, oppnås som regel lavere pris, men selger vil i praksis ikke kunne holdes ansvarlig for mangler. Potensielle kjøpere betaler ingenting for å få tilgang til annonsene.

Nettbil AS er en nettbasert markedsplass hvor private kan selge bruktbiler til bilforhandlere ved auksjon. Nettbil AS ble stiftet i 2017 av private gründere og senere kom Aller Media AS og Tjuvholmen Ventures AS inn på eiersiden. I 2019 ble 3081 biler solgt gjennom Nettbils markedsplass. I Konkurransetilsynets (også omtalt som «tilsynet») vedtak avsnitt 32 er produktet til Nettbil illustrert slik:



Den private selgeren må kun betale om denne velger å akseptere bud. Om det ikke blir salg, kan kunden kjøpe retten til å selv benytte NAF-testen. Prosessen tar opptil tre dager fra man tar kontakt med Nettbil, til salget skjer. Ved salg overtar Nettbil ansvaret for mangler og oppgjør, og selger bilen videre til den forhandler som fikk tilslaget. Dersom det blir salg via Finn, etter at selger har fått tilbud fra Nettbil, fremgår det av Schibsteds skriftlige merknader til Konkurranseskjennemda 19.03.2021 at det gjennomsnittlige kjøpstilbudet fra Nettbil etter budrunde var kr 142 815, mens tilsvarende faktisk salgspris for de samme bilene solgt gjennom Finn, var kr 176 055. Selgeren fikk dermed i snitt kr 33 240 mindre ved å selge en bil gjennom Nettbil, enn ved å selge selv via annonse på Finn.no. Denne beregningen bygger på et utvalg på 421 solgte biler i perioden 2019-2021. Beregningen er ikke bestridt av Staten. Størsteparten av denne differansen skyldes at bilforhandlere er avhengig av å selge bilene videre med fortjeneste på samme måte som når bruktbil selges direkte til forhandler eller tar bruktbil som innbytte ved salg av annen bil. Det gebyret som Nettbil tar ved gjennomført salg, varierer etter oppnådd salgspris, fra kr 5000 til kr 16000, og skal foruten fortjeneste dekke både utgiftene til test, administrasjon markedsføring mv.

De øvrige deler av bruktbilmarkedet, herunder Facebook marketplace, bilauksjoner, kommisjonærer og forhandlere, er nærmere omtalt i nemndas vedtak avsnitt 55-69, som lagmannsretten viser til.

Ved transaksjonsavtaler inngått 13.12.2019 kjøpte Schibsted aksjepostene som Aller Media AS og Tjuvholmen Ventures AS hadde i Nettbil AS. Dette utgjorde 57 prosent av aksjene. Ved en samtidig kapitalforhøyelse, økte Schibsted sin eierandel til 67 prosent. De resterende aksjene er eid av gründerne i Nettbil. Transaksjonen var ikke så stor at den var meldepliktig etter konkurranseloven § 18, men Konkurransetilsynet påla 12.03.2020 meldeplikt, og Schibsted innga melding 03.06.2020.

Konkurransetilsynet fattet 11.11.2020 vedtak om at foretakssammenslutningen skulle forbys, fordi tilsynet mente at sammenslutningen i betydelig grad hindrer effektiv konkurranse i markedet for nettbasert formidling av bruktbiler i Norge. Vedtaket har slik ordlyd:

«

1. Schibsted pålegges å selge samtlige av sine aksjer i Nettbil til en uavhengig og egnet kjøper, godkjent av Konkurransetilsynet.
 - a. Kjøper må være uavhengig av Schibsted, herunder selskaper i samme konsern som Schibsted. Selskaper i Schibsteds konsern eller selskaper som Schibsteds konsern har eiendeler i kan ikke, direkte eller indirekte, ha eierinteresser i Kjøper. Kjøper kan ikke være noen som står Schibsted eller sentrale personer i samme konsern nær.
 - b. Med egnet kjøper menes blant annet kjøper, som i tillegg til å oppfylle krav om uavhengighet i punkt a, har tilstrekkelig med ressurser, beviselig har den relevante ekspertisen, offentlige godkjenninger, og registreringer som er nødvendig for å drive virksomheten, samt har mulighet og insentiv til å opprettholde og videreutvikle virksomheten til en effektiv konkurrent til Schibsted og andre konkurrenter i markedet.
2. Kjøper skal gis tilgang til alle kontrakter, produkter og immaterielle rettigheter som er nødvendig for å drive virksomheten videre som en fullt operativ enhet.
3. Nettbil skal selges innen seks måneder fra vedtaket trer i kraft. Dersom Nettbil ikke er solgt innen fristen, skal det oppnevnes forvalter til å forestå salget.
4. Schibsted pålegges å treffe ethvert rimelig tiltak for å sikre at verdien av Nettbil ikke forringes frem til salget er gjennomført. Tilsvarende skal Schibsted ikke avslutte kontrakter eller foreta andre handlinger som svekker konkurransekraften til Nettbil frem til salget er gjennomført.
5. Schibsted skal, fra vedtaksdato og frem til salget er gjennomført, holde Nettbil atskilt fra Finn. Virksomheten til Nettbil skal drives på armlengdes avstand, og slik at Schibsted verken har eller får vetorett eller innflytelse over Nettbil.

6. Schibsted skal umiddelbart etter vedtaket er truffet iverksette alle nødvendige tiltak for å sikre at Schibsted ikke mottar eller tilegner seg konkurransesensitive opplysninger om Nettbil. Schibsted skal også iverksette alle nødvendige tiltak for å sikre at konkurransesensitive opplysninger om Nettbil ervervet før vedtaket blir eliminert og ikke benyttes av Schibsted. Schibsted kan innhente eller oppbevare informasjon relatert til Nettbil, dersom dette er nødvendig for salget av Nettbil eller for å oppfylle andre lovpålagte forpliktelser som Schibsted er underlagt.

7. Konkurransetilsynet kan oppnevne forvalter som påser at Schibsted oppfyller forpliktelsene i vedtaket frem til salget er gjennomført.

8. Partene skal rapportere om salgsprosessen til Konkurransetilsynet en gang i måneden.

a. Dersom det oppnevnes en forvalter, skal det også rapporteres til forvalteren. Partene skal samtidig med første rapport fremlegge en plan for den videre salgsprosessen.»

Bakgrunnen for vedtaket var at tilsynet la til grunn at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse på «markedet for nettbasert formidling av bruktbiler» ved at Schibsted får økt markedsrett og mulighet og insentiv til å øke prisene eller redusere kvaliteten for kundene, og at det var sannsynlig at dette vil skje. Tilsynet la også til grunn at den økte markedsretten vil svekke Schibsteds intensiver til å investere i produktutvikling og innovasjon, noe som vil gi lavere kvalitet på produkter og tjenester (tilsynets vedtak avsnitt 378).

Vedtaket ble påklaget til Konkurranseskjennemnda og Konkurransetilsynet tok til følge krav om utsatt iverksetting av vedtaket.

Konkurranseskjennemnda traff 27.05.2021 vedtak med slik slutning:

«Konkurransetilsynets vedtak stadfestes».

I vedtak 08.06.2021 besluttet Konkurranseskjennemnda utsatt iverksetting frem til søksmålsfristens utløp eller frem til eventuell rettskraftig dom foreligger.

Nemnda tok ikke stilling til om det forelå konkurranseskade i form av redusert innovasjon, men var enig med tilsynet i at sammenslutningen mest sannsynlig ville føre til konkurranseskade i form av høyere pris. Ved sin vurdering la nemnda til grunn at det aktuelle marked omfatter samtlige aktører som forhandler bruktbiler fra private eller tilbyr tjenester som setter privatpersoner i kontakt med potensielle kjøpere av bruktbilen.

Schibsted innga stevning til Gulating lagmannsrett 27.08.2021, jf. konkurranseloven § 39 tredje ledd, jf. fjerde ledd. Hovedforhandling ble holdt i Gulating lagmannsretts lokaler i Bergen 07.-11.02.2021.

Schibsted ASA nedla slik påstand:

1. Konkurranseskagenemndas vedtak V03-2021 oppheves.
2. Schibsted ASA tilkjennes saksomkostninger.

Schibsted ASA sitt påstandsgrunnlag kan sammenfattes slik:

Dagens digitale bilmarked er ganske likt det gamle analoge bilmarkedet. Forbrukeren kunne solgt sin bruktbil selv via rubrikkannonse, eller solgt til bilforhandler (evt som innbytte). Annonser på Finn tilsvarer de gamle rubrikkannonsene, mens salg via Nettbil tilsvarer salg til bilforhandlere. At det benyttes en digital plattform gjør ikke Finn og Nettbil til konkurrenter. Produktene er svært forskjellige både i innhold og pris. At forbrukere kan velge den ene eller andre salgsmåten, medfører heller ikke at Finn og Nettbil er konkurrenter. Det har nok bekymret Konkurransetilsynet at Finn blir en enda større aktør på bruktbilmarkedet, selv om rubrikkannonser og salg via forhandler ikke har konkurrert på pris. Vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16, må likevel være oppfylt, og vilkåret er de at sammenslutning «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes».

Nemnda sitt vedtak bygger på at den skadehypotese at Finn, som følge av oppkjøpet, kan øke sine priser på rubrikkannonser for biler med verdi over kr 50 000, fordi Nettbil ikke lenger vil være en konkurrent som disiplinere Finn i dette markedssegmentet. Som alternative skadehypotese har Staten anført konkurranseskade i form av redusert innovasjon og atter alternativt at kombinasjonen av prisøkning og redusert innovasjon oppfyller vilkårene om betydelig konkurranseskade i konkurranseloven § 16.

Schibsted anfører at vedtaket bygger på feil rettsanvendelse, feil faktum og at det foreligger saksbehandlingsfeil i form av mangelfull utredning. Det er flytende overganger, men retten kan prøve alle sider av saken, jf. konkurranseloven § 39 tredje ledd. Vedtaket er uansett ugyldig og må oppheves. Ønsket om å stanse finn.no har vært sterkere enn loven kan bære.

Etter konkurranseloven § 16 er det ikke tilstrekkelig for inngrep at det foreligger fare for vesentlig konkurranseskade. Bestemmelsen ble innført i 2016 som ledd i harmonisering med EU/EØS-retten, det vil si fusjonsforordningen av 2004 (Rådets forordning (EF) nr 139/2004). EU-rettslige kilder må legges til grunn. Et forbud må bygge på en fremtidsrettet vurdering der man vurderer det mest sannsynlige utfallet av en foretakssammenslutning.

Etter forordningen Art 2 nr. 3, jf. fortalen avsnitt 25, samt Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger avsnitt 25 er det Schibsted sitt syn at det både kreves at sammenslutningen eliminerer et betydelig konkurransepress som bestod mellom fusjonspartene og et redusert konkurransepress på øvrige aktører. Tilsynet og nemnda har kun vurdert det første vilkåret, og her er det rettslig uenighet mellom partene om hvorvidt vilkårene er kumulative.

For å kunne forby en sammenslutning etter konkurranseloven § 16 må Konkurransetilsynet/Nemnda definere terskelen for inngrep og begrunne hvorfor den er oversteget. Dette er ikke gjort i vår sak.

For at vilkårene i konkurranseloven § 16 skal kunne være oppfylt, må fusjonspartene konkurrere på samme marked. Det må således foretas en markedsavgrensning. Utgangspunktet følger av EU-domstolens praksis. Man må definere et marked for å avklare hvilke produkter som er substituerbare og dermed utøver et effektivt konkurransepress mot hverandre. Det må ved vurderingen sees hen til konkurransesituasjonen og etterspørsels- og tilbudsstruktur for de relevante produkter. Det er ikke tilstrekkelig å bare vurdere produktenes objektive karakteristikk. Markedet kan avgrenses ved bruk av både kvantitativ og kvalitativ metode. En SSNIP-test kan gjøres både kvantitativt og kvalitativt. Det er Schibsted sitt syn at tilsynet/nemnda har benyttet seg av uriktig metode når de kom til at rubrikkannonser på Finn utgjør samme marked som Nettbil. Partene tilbyr helt ulike tjenester som er kvalifisert ulike produkter. Ekstremt store prisforskjeller er ikke forenlig med at partene tilhører samme marked. På transaksjonstidspunktet utøvde ikke Nettbil noe prispress på Finn og rubrikkannonser ville ikke skifte fra finn.no til Nettbil om prisen på rubrikkannonser ble satt opp med 10 %, fra kr 900 til kr 990.

Tilsynet unngår konsekvent å omtale produktene som rubrikkannonser (Finn) og bilforhandler (Nettbil), men betegner markedet som «nettbasert annonsering av bruktbiler». Det blir da et uriktig kandidatmarked og SNNIP-testen blir gjennomført på feil grunnlag av tilsynet. Nemnda foretar ingen SSNIP-test, verken kvantitativt eller kvalitativt. Nemnda overser konsekvent ulikhetene mellom produktene, men legger derimot vekt på mindre sentrale og konstruerte likheter som at begge tilbyr transaksjonsaktiviteter som er nødvendig for å selge en bil, vektlegger subjektive utsagn og tilfeldige dokumenter hvor Nettbil og Finn betegner seg som konkurrenter. Nemnda spør seg ikke om Finns kunder vil bytte til Nettbil ved en prisstigning på 5-10%, avklarer ikke om kundene mener at Finn og Nettbil tilbyr distinkt forskjellige tjenester som ikke er substituerbare, og gjør ingen kundeundersøkelser. Når produktene er svært differensierte, skjerpes kravet til kartlegging og begrunnelse. Dette utgjør også en saksbehandlingsfeil i form av mangelfull utredning, jf. forvaltningsloven § 17. Det er benyttet feil metode og bevisene bærer ikke resultatet. Dette gjør i seg selv at vilkårene i konkurranseloven § 16 ikke er oppfylt.

Det anføres videre at vilkåret om konkurranseskade ikke er oppfylt. Det er krav om kvalifisert konkurranseskade på markedet og årsakssammenheng mellom oppkjøpet og skaden. Konkurransemyndighetene må da sammenligne situasjonen som oppstår med oppkjøpet med den mest sannsynlige markedsutviklingen uten oppkjøpet (alternativsituasjonen). Transaksjonen er så liten at den er under terskelverdiene for meldeplikt i konkurranseloven § 18. Det gir i seg selv en indikasjon på liten konkurranseskade.

Utgangspunktet for utviklingen uten oppkjøpet, vil være markedsforholdene som eksisterte i det relevante markedet på tidspunktet for transaksjonen (status quo). For at en annen utvikling skal kunne legges til grunn, må den alternative markedsutviklingen ha støtte i konkrete holdepunkter og analyser, noe som ikke foreligger. Vedtaket bygger på en uriktig alternativsituasjon da det legges til grunn at Nettbils vekst ville ha fortsatt og blitt en konkurrent til finn.no. Det mest sannsynlige er at Nettbil ville ha forblitt en nisjeaktør med løpende behov for kapitaltilførsel. De tidligere eierne ville ikke øke sin eierandel. Nettbil hadde likviditetsmessige utfordringer fra januar 2019 og henvendte seg til 28 profesjonelle aktører, uten at disse var interesserte. Det var heller ingen interesse fra utenlandske aktører. Det er feil når nemnda i avsnitt 174 insinuerer at andre aktørers interesse kan være påvirket av en transaksjon med Schibsted. Schibsted var derimot en «last resort», men likevel en optimal eier for å realisere gründernes visjon, og markedsføringskostnadene pr bil er redusert fra kr 4500 til under kr 1500.

Nemndas skadeteori, at finn.no som en direkte følge av oppkjøpet ensidig vil heve prisene på rubrikkannonser, er ikke sannsynliggjort. For at denne skadeteorien skal være en konkurranseskade som kan begrunne forbud etter konkurranseloven § 16 må konkurransepresset fra Nettbil ha hatt avgjørende betydning for Finns prissetting før transaksjonen, og rivaliseringen mellom Finn og Nettbil ha ført til konkurransepress på øvrige aktører i markedet. Nettbil har ikke påvirket Finns prissetting. Finn har holdt prisen på samme nivå siden 2013.

Hverken tilsynet eller nemnda har foretatt noen kvantitativ analyse og undersøkt kundeatferd mht hva som vil skje om Finn øker prisen med 5-10 %. En GUPPI-analyse er verdiløs siden det eneste man vet er at Nettbil har betydelig høyere margin enn Finn, og diversjonsraten (altså andelen som ville skiftet til Nettbil ved en liten prisøkning), kun bygger på ren gjetning.

Både tilsynet og nemnda mener etter en kvalitativ vurdering at Nettbil utøver et disiplinerende konkurransepress på finn.no. I retten ga tilsynets egen ekspert uttrykk for at Nettbil ikke hadde noen innvirkning på Finn sin prissetting. Det samme er lagt til grunn av Schibsted og Schibsteds økonomiske eksperter i Compass Lexecon. Sunn fornuft tilsier også at ingen vil flytte over til en tjeneste som koster kr 33 000 mer fordi om prisen på en annonse går opp med 92 kroner. Prisforskjellen mellom Finn og Nettbil er for stor til at de

er konkurrenter. Kundene vil derimot gå til Facebook Marketplace, som er gratis. Indirekte nettverkseffekter og risiko for «*multihoming*», gjør at prising må holdes stabil. Det er heller ingen holdepunkter for at Finn har tatt beslutninger knyttet til pris, innovasjon eller vekst på bakgrunn av Nettbil. Nettbils kundeundersøkelse viser heller ikke diversjon fra Finn til Nettbil. Schibsted anså kjøp av Nettbil som en mulighet til å tre inn i et nytt marked. Det foreligger ikke konkurranseskade og oppkjøpet har heller hatt en positiv effekt ved at Nettbil presser marginen til bilforhandlerne.

Det foreligger heller ikke konkurranseskade i form av innovasjonsskade. Det er ingen holdepunkter for at Schibsted ervervet Nettbil for å fjerne en konkurrent i fremtiden, og det er heller ikke bevis for at Schibsted ville ha utviklet en rival til Nettbil uten foretakssammenslutningen. Konkurranseskadene avviser også innovasjon som relevant i vedtakets avsnitt 39-40. Fremtidig skade må ha sterke beviser. Det er ingen holdepunkter for at Finn blir mindre innovative og formålet med transaksjonen var å utvikle Nettbil, ikke forhindre utvikling. Denne saken innebærer det motsatte av konkurranseskade ved at Schibsted har bidratt til utvikling, vekst og lønnsomhet og dermed sikret at forbrukerne har fått et nytt tilbud.

Staten v/Konkurransetilsynet nedla slik påstand:

- 1) Staten v/konkurransetilsynet frifinnes.
- 2) Staten v/Konkurransetilsynet tilkjennes sakens kostnader.

Staten v/Konkurransetilsynet sitt påstandsgrunnlag kan sammenfattes slik:

Lagmannsretten skal foreta en gyldighetskontroll av Konkurranseskadene vedtak og spørsmålet i saken er om foretakssammenslutningen mellom Schibsted og Nettbil «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurransen», jf. konkurranseloven § 16 første ledd. I sin kjerne er dette et spørsmål om konkurransenærhet. Oppsummert er Statens syn at Finn var klart største aktør i markedet før transaksjonen, med sterke insentiver til å kjøpe opp nykommere. Nettbil var en aktør i stor vekst, og uten oppkjøpet ville Finn sannsynligvis ha måttet sette ned prisene og/eller innovere nye tjenester selv som følge av konkurransepress fra Nettbil. Finn er den «store fisken» som spiser «den lille fisken» og transaksjonen vil etter statens syn i betydelig grad hindre effektiv konkurranse.

Retten skal foreta en resultatkontroll, og retten kan komme til samme resultat på annet grunnlag enn Konkurransetilsynet og Konkurranseskadene. Selv om retten kan prøve alle sider av saken, er det likevel et spørsmål om prøvingsintensitet. Etter etablert praksis skal domstolene være tilbakeholdne med å sette til side forvaltningens konkrete skjønn der forvaltningsorganet besitter spesiell fagkunnskap og bred erfaring. Dette må også være

utgangspunktet ved prøving av vedtak fattet at Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda. Inngrep mot foretakssammenslutning er ikke «straff» iht EMK, i motsetning til overtredelsesgebyr, og det er da desto større grunn til å være varsom med å sette til side faglige vurderinger. Spørsmålet om prøvingsintensitet får uansett ikke avgjørende betydning for det materielle spørsmål retten skal ta stilling til.

Ved den konkrete bevisbedømmelsen må retten foreta en helhetlig vurdering, men tidsnære bevis veier tyngre enn etterfølgende forklaringer fra parter/vitner med bindinger og/eller interesse i sakens utfall. Det alminnelige sivilrettslige kravet om sannsynlighetsovervekt skal legges til grunn, men det at en fremtidsanalyse bygger på teorier som i seg selv er komplekse, innebærer ikke at det stilles strengere krav til bevis. Det kan heller ikke på generelt grunnlag oppstilles særskilte krav til bevisenes kvalitet, mengde eller omfang mv.

Konkurranserettens formål er særlig å ivareta hensynet til forbrukerne, jf. konkurranseloven § 1, ikke hva som tjener eller skader Schibsted. Fusjonskontrollen er i motsetning til reglene om atferdskontroll, en fremtidsrettet strukturkontroll der det foretas fremtidsvurderinger, ikke kontroll av faktisk historisk opptreden.

Når man skal ta stilling til om en foretakssammenslutning vil føre til betydelig konkurranseskade, vil man gjerne først avgrense det relevante markedet (markedsavgrensningen). For å vurdere om sammenslutning «vil hindre» effektiv konkurranse på markedet, må det gjøres en sammenligning av sannsynlig markedsutvikling med og uten sammenslutningen (alternativsituasjonen). Dette danner igjen utgangspunktet for selve konkurranseanalysen, hvor det skal foretas en samlet vurdering som beror på markedsforholdene i den konkrete sak. Staten er ikke enig med Schibsted at dette skal vurderes ut fra bestemte, kumulative vilkår.

Staten mener at nemnda korrekt har lagt til grunn at Finn og Nettbil inngår i det samme relevante produktmarked, som kan bestå av samtlige aktører som forhandler bruktbiler fra private, eller tilbyr en tjeneste som setter privatpersoner i kontakt med potensielle kjøpere. Nemndas kvalitative tilnærming er i tråd med rammeverket for markedsavgrensning og ESAs kunngjøring av det relevante markedet, og har også støtte i økonomisk teori. Det er ikke nødvendig å anvende en kvantitativ SSNIP-test, og det er heller ikke vanlig. En SSNIP-test er kun et eksempel på en måte å avgrense et marked på. En markedsavgrensning har som formål å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense berørte foretaks markedsatferd, jf. ESA kunngjøring om markedsavgrensning av 04.03.1998 avsnitt 2. Produkter med høy kvalitet og produkter med lav kvalitet kan være substituerbare ved at kvalitetsforskjeller oppveies i ulike priser. Markedsavgrensningen er kun en hjelpeøvelse, og ikke et mål i seg selv. Eksakt markedsavgrensning er heller ikke avgjørende fordi det uansett må vurderes om det foreligger konkurransepress fra aktører utenfor det relevante produktmarkedet.

Nemnda har korrekt lagt til grunn at Finn og Nettbil har overlappende virksomhet fordi begge tilbyr en plattform for kjøp og salg av bruktbiler og at produktene er substituerbare. Dokumenter som underbygger overlappende virksomhet er kundeundersøkelsen fra Nettbil i jan/feb 2020 og ulike interne presentasjoner hos Finn og Nettbil. Ulike interne dokumenter underbygger også at partene anser hverandre som konkurrenter.

Nemnda har videre korrekt vurdert at den mest sannsynlige alternativsituasjonen er at Nettbil hadde et stort vekstpotensial og ville ha fortsatt å vokse i markedet, om enn i litt mindre grad enn den veksten Nettbil har hatt etter sammenslutningen. Nemndas vurdering bygger i stor grad på partenes interne dokumenter, og det foretas en grundig gjennomgang av Nettbils historiske utvikling, potensial for fremtidig vekst og behovet for kapital som eventuelt hindring for vekst. Nemnda har i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at en eventuell fortsatt vekst, ville ha ført til økt konkurransenærhet mellom Finn og Nettbil og at Nettbil ville ha utøvd økende konkurransepress. Lagmannsretten kan legge nemndas vurdering til grunn, men samtidig understreker Staten at større konkurranseskade som følge av Nettbils vekst ikke er avgjørende for at foretakssammenslutningen vil hindre effektiv konkurranse.

Ved konkurranseanalysen tar man utgangspunkt i en skadehypotese og ser på ulike aktuelle momenter i sammenheng for å vurdere om transaksjonen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Overordnet er spørsmålet om opphøret av konkurransepresset mellom partene i betydelig grad hindrer effektiv konkurranse og fører til at partene får intensiver til å øke prisene og/eller tilby lavere kvalitet enn de ville uten foretakssammenslutningen. I et marked med differensierte produkter, som her, vil en analyse av produktenes substituerbarhet ha stor betydning for partenes intensiver. Jo mer substituerbare, dess større konkurransepress og dess mer sannsynlig at de fusjonerende virksomhetene vil øke prisene etter sammenslutningen.

Det kan oppstilles ulike skadehypoteser. Staten er enig med nemnda i at en særlig relevant skadehypotese innebærer en prisøkning/kvalitetsreduksjon på Finns produkter, særlig for biler med salgsverdi over 50 000 kroner. Staten vil også anføre at andre skadehypoteser er relevante, og lagmannsretten står fritt til å vurdere disse.

Etter Statens syn har nemnda korrekt lagt til grunn at partene i transaksjonen utøver et betydelig konkurransepress på hverandre. Nemnda har foretatt en grundig kvalitativ vurdering som underbygger at partenes produkter er nære substitutter, selv om de er differensierte. Dette underbygges av partenes interne dokumenter som viser at private selgere som vurderer Nettbil også vurderer Finn, og at en betydelig andel av Nettbils kunder har markedsført bilen sin på Finn og at mange har en aktiv salgsannonse på Finn under salgsprosessen hos Nettbil. Dette underbygger at det er en konkurranseflate mellom Finn og Nettbil.

En prispressanalyse kan være et egnet analyseverktøy ved vurderingen av om transaksjonen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Slike analyser fanger imidlertid ikke opp Nettbils vekst i alternativsituasjonen eller indirekte nettverkseffekter knyttet til de nettbaserte markedsplassene. Konkurranseskylagenemnda har benyttet seg av saksøkers tidligere inngitte sensitivitetsanalyser og datagrunnlag, herunder Finns og Nettbils priser og marginer, som utgangspunkt for egen sensitivitetsanalyse av GUPPI-verdier. Resultatet viser betydelige GUPPI-verdier, selv for lave diversjonsrater. Staten er enig med nemnda i at det er tilstrekkelig at Nettbil utøver «noe» konkurransepress (diversjon på f eks 1-2 prosent) for at de ensidige insentivene til å øke Finn sine priser, er betydelige. Nemndas sensitivitetsanalyse er verken uegnet til å analysere intensiver for å utøve markedsmakt, eller beheftet med feil eller mangler. Sammen med øvrige bevis sannsynliggjør dette betydelig konkurranseskade som følge av transaksjonen. Ingen andre aktører som vil kunne disiplinere Finn i tilstrekkelig grad, og det er heller ikke sannsynlig med en etablering som hindrer en betydelig begrensning i konkurransen, vil finne sted i et tidsnært perspektiv.

Lagmannsrettens vurdering:

Generelle utgangspunkter:

Rettens skal prøve om foretakssammenslutningen mellom Schibsted og Nettbil «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Dersom vilkåret ikke er oppfylt, er vedtaket ugyldig og vedtaket skal oppheves. Om vilkårene er oppfylt, skal derimot Staten frifinnes.

Retten har full kompetanse, og kan bygge sin avgjørelse på annet faktisk og rettslig grunnlag enn konkurransemyndighetene, så lenge det har vært tilstrekkelig kontradiksjon og saken er godt nok opplyst. Saken er likevel dispositiv i den forstand at retten ikke har et eget ansvar for at saken blir fullstendig opplyst. Selv om enkelte vurderinger som inngår som del av lovens vilkår, er skjønnsmessige, er det her tale om rettsanvendelsesskjønn som retten kan prøve.

Etter lovens ordlyd er det krav om at det oppstår konkurranseskade for at en foretakssammenslutning kan og skal forbys, jf. «hindre effektiv konkurranse». Det er videre et krav om av denne konkurranseskaden må være «betydelig», og at skaden må være forårsaket av foretakssammenslutningen, jf. «vil». Før det kan konkluderes med hensyn til om lovens vilkår er oppfylt må det dermed vurderes hva som er mest sannsynlig utvikling om sammenslutningen gjennomføres og sammenholde denne med hva som ville være den mest sannsynlige utviklingen om sammenslutningen ikke hadde blitt gjennomført (alternativsituasjonen). Begge disse scenarier vil være fremtidsrettede og er etter sin art usikre.

Dersom et oppkjøp fører til at det oppkjøpende foretak ensidig kan og vil tilby sine varer og tjenester dyrere enn om oppkjøpet ikke hadde blitt foretatt, og/eller får redusert insentiv til innovasjon, foreligger det konkurranseskade. I denne saken er det anført fra konkurransemyndighetene at det både foreligger betydelig konkurranseskade i form av muligheter for prisøkning eller redusert kvalitet som følge av redusert konkurransepress, subsidiært konkurranseskade i form av at partene som følge av sammenslutningen får redusert insentiv til innovasjon og atter subsidiært at kombinasjonen av disse skadefølgene utgjør en betydelig konkurranseskade.

Konkurranseloven § 16 gjennomfører EU/EØS-retten i norsk rett (Rådets forordning (EF) nr 139/2004) og ordlyden er ment å tilsvare den norm som har utviklet seg i EU/EØS. EU-rettens kilder må da legges til grunn ved tolkningen, jf Prop 37 L (2015-2016) s. 56.

«Forslaget til ny utforming innebærer at fusjonskontrollbestemmelsen harmoniseres innholdsmessig med tilsvarende bestemmelse i EUs fusjonsforordning, nærmere bestemt artikkel 2 nr. 3 i rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger. Forordningen er inntatt i EØS-avtalen, og denne bestemmelsen er lagt til grunn ved utforming av de fleste nasjonale fusjonskontrollregimer i EU. Språklig er forslaget til ny § 16 første ledd også utformet likt som artikkel 2 nr. 3 i fusjonsforordningen, med det unntak at kravet om at konkurransebegrensningen må oppstå «på det felles marked eller i en vesentlig del av det», er tatt ut.

Forslaget om å innføre en EU-harmonisert inngrepshjemmel i konkurranseloven, er begrunnet i hensynet til å ha like regler for fusjonskontroll i Norge, som i EU og i de fleste medlemsstater i EU. Dette gir en viss forenkling for både foretak og konkurransemyndighetene. Dette formålet oppnås særlig dersom rettsanvendelsen etter den nye bestemmelsen følger eksisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra EU-domstolen, Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan. Bestemmelsens ordlyd gir uttrykk for den materielle rettsregelen som er etablert i EU gjennom de siste år. For en detaljert redegjørelse for denne regelens innhold vises til NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 99-116.»

Konkurranseloven § 16 bygger, i likhet med EU/EØS-retten, på en konsumentvelferdsstandard. Formålet med en effektiv konkurranse er å ivareta forbrukernes interesser.

Lagmannsretten vil i det følgende behandle de ulike elementer etter samme mønster som Konkurransetilsynet og Konkurransesklagemnda har gjort i sine vedtak, og som partene også har fulgt i sin argumentasjon for lagmannsretten. Lagmannsretten vil dermed

behandle markedsavgrensning og alternativsituasjonen først, og deretter foreta en samlet konkurranseanalyse.

Markedsavgrensning:

Formålet med en markedsavgrensning er å identifisere hvilke aktører som er i stand til å begrense andre aktørers markedsatferd.

I ESAs kunngjørings om markedsavgrensning av 04.03.1998, som igjen bygger på Kommisjonens retningslinjer for markedsavgrensning (97/C 372/03), fremgår det i avsnitt 2 (under hovedoverskriften «Innledning») at:

«Markedsavgrensning benyttes som et middel til å trekke opp grensene for konkurransen mellom foretak, og tjener til å fastlegge rammene for Overvåkningsorganets anvendelse av konkurransepolitikken. Hovedformålet med markedsavgrensningen er på en systematisk måte å identifisere de begrensninger i den konkurransemessige handlefrihet som de berørte foretak står overfor. Formålet med å avgrense et marked både som produktmarked og som geografisk marked, er å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense de berørte foretakenes markedsatferd og hindre dem i å opptre uavhengig av et effektivt konkurransetrykk. Det er ut fra denne synsvinkel at en markedsavgrensning gjør det mulig bl.a. å beregne markedsandeler, som kan gi nyttig informasjon om markedsinnflytelse med sikte på å vurdere dominans eller anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53.»

I avsnitt 7 (under hovedoverskriften «Avgrensning av det relevante marked») er «relevant produktmarked» definert slik:

«Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.»

I avsnitt 8 er det videre definert hva som menes med «relevant geografisk marked». I nærværende sak er partene enige om at Norge er det relevante geografiske marked. I avsnitt 9 fremgår videre at ved vurdering av et gitt konkurransemessig spørsmål så er det relevante markedet en kombinasjon av produktmarkedet og det geografiske markedet.

ESA gjennomgår videre grunnleggende prinsipper for hvordan markedsavgrensningen skal skje:

I avsnitt 13 fremgår at:

«Et foretak eller en gruppe foretak har ingen vesentlig innflytelse på salgsvilkårene, herunder prisene, dersom kundene lett kan skifte over til andre tilgjengelige substituerbare produkter eller til leverandører andre steder. En markedsavgrensning består derfor i hovedsak i å fastslå hvilke reelle alternative forsyningskilder de aktuelle foretakenes kunder har, både med hensyn til varer/tjenester og leverandørens geografiske beliggenhet.»

I avsnitt 15-19 fremgår at det må gjøres en undersøkelse for å avklare hvilke produkter forbrukerne anser som substituerbare, og at dette f eks kan skje ved et tankeeksperiment der man forutsetter er liten, men varig prisøkning i de relative priser, og vurderer kundenes sannsynlige reaksjon på denne prisøkningen. Dersom en prisøkning på 5-10 % antas å bli ulønnsom fordi kundene vil skifte over til lett tilgjengelige substituerbare produkter, tilhører de ulike tilbyderne samme relevante marked.

I avsnitt 36-43 gis det nærmere retningslinjer for vurderingsgrunnlaget for avgrensning av produktmarked.

Konkurransetilsynet vurderte markedsavgrensningen i vedtaket avsnitt 70-152 og kom til at det er et eget produktmarked for nettbaserte markeds plasser for kjøp og salg av bruktbiler fra private, og at Finn og Nettbil var en del av dette markedet med overlappende virksomhet.

Både tilsynet og nemnda har bygget sin kvalitative markedsavgrensning på interne dokumenter hos Finn og Nettbil.

I Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 96 fremgår:

«Gjennomgang av partenes interne dokumenter viser at både Finn og Nettbil omtaler hverandre som konkurrenter. Videre fremgår det av Nettbils interne dokumenter at en betydelig andel av kundene til Nettbil ville vurdert å selge bilen privat hvis tjenesten ikke fantes, og at den primære alternative salgskanalen er Finn. Overnevnte beskrivelse av hvordan partene vurderer hverandres virksomhet, tilsier at privatkunder ser på partenes produkter og tjenester som substitutter. Partenes interne dokumenter og Nettbils kundeundersøkelser er nærmere behandlet i konkurranseanalysens kapittel 7.2.3.2.»

Konkurransetilsynet tok dermed under sin overskrift «Markedsavgrensning» ikke stilling til annet enn at Finn og Nettbil har overlappende virksomhet knyttet til nettbasert markeds plass for kjøp og salg av bruktbil fra private, og avvendet den nærmere vurdering til konkurranseanalysen.

Konkurranseskilagenemnda vektlegger i sitt vedtak (avsnitt 102) at det fremkommer i interne undersøkelser utført av Nettbil at en betydelig andel av kundene til Nettbil hadde forsøkt å selge bilen sin via Finn og at Nettbil og Finn omtaler hverandre som konkurrenter i egne interne dokumenter. Nemnda vektla også (avsnitt 110) at Finn og Nettbil er alternative innkjøpskanaler for de mindre bilforhandlere og konkluderte deretter med at Nettbil og Finn har overlappende virksomhet knyttet til kjøp og salg av bil.

Konkurranseskilagenemnda vurderte i sin avgjørelse avsnittene 91-129 om Finn og Nettbil inngår i det samme relevante produktmarked. Nemnda fant at det relevante marked består av samtlige aktører som forhandler bruktbiler fra private eller tilbyr en tjeneste som setter privatpersoner i kontakt med potensielle kjøpere av bruktbilen.

Etter lagmannsrettens syn er den ulike tilnærmingen fra tilsynets og nemndas side et uttrykk for at det er vanskelig å fastlegge om Finn og Nettbil er del av det samme relevante produktmarked. Dette skyldes både at det er et betydelige kvalitative og kostnadmessige forskjeller mellom de to produktene, men også at benyttelse av digitale plattformer i seg selv har blitt en faktor som både kan være et fellestrekk mellom ulike produkter og en faktor som skiller.

Det forhold at enkelte forbrukere velger å benytte seg av et nytt tilbud i markedet for gjennomføring av bilsalg, i stedet for å selge selv via Finn eller direkte til forhandler, innebærer etter lagmannsrettens syn ikke i seg selv at eksempelvis annonse på Finn og salg gjennom Nettbil er substitutter på samme marked.

Sentralt ved markedsavgrensingen er etter lagmannsrettens syn om forbrukerne på transaksjonstidspunktet anså Finn og Nettbil som så nære substitutter at den ene parten ikke ensidig, i motsetning til etter transaksjonen, kunne øke sin pris med 5-10% uten at økningen ble ulønnsom som følge av at kunder da gikk til hhv Finn eller Nettbil. En slik undersøkelse kan kjøres som en SNNIP-undersøkelse (kvantitativ kundeundersøkelse), eller kvalitativt. En SNNIP-undersøkelse har ikke konkurransemyndighetene foretatt i denne saken, og lagmannsrettens er enig med Staten i at det heller ikke er et krav om at slik SNNIP-undersøkelse gjennomføres. Resultatet av en slik undersøkelse ville uansett være vanskeligere å tolke ved så ulike produkter som vi står overfor her, enn om det hadde vært mer like produkter.

At det ikke er foretatt en SNNIP-undersøkelse betyr likevel ikke at den kvalitative undersøkelsen som er gjort skal ha et annet formål enn å undersøke om Finn og Nettbil er så nære substitutter at Finn pga konkurransepress fra Nettbil ikke kan øke sin pris med 5-10 % uten å miste tilsvarende andel kunder, og at disse kundene da går til Nettbil. Det forhold at Nettbils eksistens og vekst er avhengig av at man får kunder, som nødvendigvis i stedet måtte ha benyttet en av de eksisterende og tradisjonelle måte å selge sin bruktbil, betyr ikke i seg selv at Finn og Nettbil er så nære substitutter at den ene part ikke ensidig

kan øke sin pris 5-10% uten å miste tilsvarende i omsetning. Lagmannsretten viser i denne sammenheng eksempelvis til ESAs kunngjøring om markedsavgrensning avsnitt 40, som gjelder relevansen av synspunkter fra kunder og konkurrenter:

«40. Synspunkter fra kunder og konkurrenter. EFTAs overvåkningsorgan kan i sin undersøkelse kontakte de berørte foretakenes viktigste kunder og konkurrenter for å innhente deres synspunkter på grensene for produktmarkedet samt de fleste av de faktiske opplysninger som kreves for å fastslå markedets størrelse. Begrunnede svar fra kunder og konkurrenter med hensyn til hva som ville skje ved en mindre økning (f.eks. 5 % - 10 %) i de relative priser på de aktuelle produktene i det aktuelle geografiske område, vil bli tatt i betraktning dersom de er tilstrekkelig underbygget av faktiske opplysninger.»

Når konkurransemyndighetene i denne saken har vektlagt fusjonspartenes egne omtaler som konkurrenter, og andre aktørers synspunkter, er det ikke spor at av det foreligger «Begrunnede svar fra kunder og konkurrenter med hensyn til hva som ville skje ved en mindre økning (f.eks. 5 % - 10 %) i de relative priser...».

Schibsted har med tyngde, og med støtte fra privat sakkyndig Miguel de La Mani i Compass Lexecon, fremholdt at Nettbil først og fremst er et online alternativ for private bruktbilselgere som er mer «convenience-focused» enn «price-focused», og at Finns prissetting ikke er påvirket av Nettbil sin tilstedeværelse i markedet på samme måte som Finn prissetting vil være påvirket av at andre aktører kan gå til aktører som Facebook Marketplace.

I 2019 solgte Nettbil 3081 bruktbiler, jf. tilsynets vedtak avsnitt 35. Finn Motor hadde i 2019 en omsetning på 357 millioner kroner når det sees bort fra reklameinntekter. Det er ikke opplyst hvor mange annonser som er solgt, og hvordan antallet annonser fordeler seg på biler med pris over og under kr 50 000. Dersom det forutsettes at 1/3 av omsetningen knytter seg til privates annonsering av biler over kr 50 000 og at gjennomsnittlig annonsepris er kr 918 inkl mva, tilsvarer dette 129 629 solgte annonser i dette segmentet (357 mill dividert med 3 og deretter dividert med 918). Dersom Finn kunne øke sin pris med 5-10 % uten at i størrelsesorden 6400 til 13 000 annonsører forsvant til Nettbil i stedet, vil en prisøkning være lønnsom, i motsatt fall vil økningen ikke være lønnsom og Nettbils eksistens disiplinere Finn til ikke å øke prisen. Den relevante kundeflytning vil da kun være de som skifter på grunn av prisøkningen, ikke de som skifter av annen grunn, for eksempel fordi de bli oppmerksom på et nytt produkt som bedre dekker den aktuelle kunde behov. Disse ville ha skiftet uansett.

Etter lagmannsrettens syn har ikke tilsynet/nemnda gitt noe overbevisende argumentasjon for at Finn og Nettbil inngår i det samme produktmarked, når dette skal vurderes i tråd med ESAs kunngjøring om markedsavgrensning. Det er i for stor grad trukket konklusjoner ut

fra at fusjonspartnerne er omtalt som konkurrenter i interne dokumenter og av andre aktører, uten at dette relateres til hva som vil bli konsekvensen av en mindre prisøkning hos den ene part. Det at Nettbil øker effektiviteten i C2B-markedet, og kanskje bidrar til at dette markedet blir synliggjort og lettere tilgjengelig for forbrukerne, innebærer ikke at Finn og Nettbil konkurrerer i samme marked. Det er dermed ikke sannsynliggjort at det forelå slik konkurransenærhet før sammenslutningen at en mindre prisøkning hos Finn ville ha drevet et større antall kunder over til Nettbil.

Avgrensning av marked er likevel bare et analytisk hjelpemiddel for å etter hvert kunne foreta en samlet vurdering av at sammenslutningen fører til betydelig konkurranseskade, og lagmannsretten er ikke enig med Schibsted i at lagmannsrettens kan konkludere alene på dette grunnlag.

Alternativsituasjonen:

For å kunne fastslå om foretakssammenslutningen vil forårsake betydelig konkurranseskade, må det klarlegges hva som vil være den mest sannsynlige utviklingen uten sammenslutningen, slik at denne kan sammenholdes med den mest sannsynlige situasjonen etter oppkjøpet.

Både Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda tar utgangspunkt i at det ved vurderingen av markedsutviklingen uten foretakssammenslutningen, må legges til grunn den utvikling som fremstår som mest sannsynlig på ervervstidspunktet. Begge legger videre til grunn at status quo, altså markedsforholdene på tidspunktet for transaksjonen, normalt vil være det beste anslaget på hvordan markedet ville ha utviklet seg, jf. tilsynets vedtak avsnittene 172-174 og nemndas vedtak avsnittene 140-142. Lagmannsretten er enige i disse utgangspunkter. Partene er likevel uenige om hva status quo innebærer.

Det sentrale spørsmål i alternativanalysen er om, og i hvilken grad, Nettbil ville ha fortsatt å vokse uten foretakssammenslutningen.

Tilsynet legger i avsnitt 184 til grunn at både NAF og Aller Media ville ha sikret Nettbil kapital for videre drift og skalering av virksomheten (avsnittene 184 og 190). Tilsynet vektla ikke fusjonspartnerens anførsel om at Nettbil hadde risikert konkurs, og uansett ikke ville ha oppnådd lignende salgstall om ikke Schibsted kom inn som eier og at det ville bli mer krevende å finne nye investorer. Bakgrunnen for dette var at tilsynet vurdert at disse opplysningene knytter seg til foretakssammenslutningen og situasjonen etter oppkjøpet, ikke en alternativsituasjon (avsnitt 190).

Nemnda konkluderer i avsnitt 177 med at «den mest sannsynlige alternativsituasjonen er at Nettbil uten transaksjonen hadde et stort vekstpotensial og ville ha fortsatt å vokse i markedet, om enn i litt mindre grad enn den veksten det har hatt etter

foretakssammenslutningen». Nemnda la vekt på den historiske veksten forut for transaksjonen, at Nettbil selv var optimistisk mht sitt vekstpotensial i interne presentasjoner i 2019, at veksten etter foretakssammenslutningen viser at konseptet til Nettbil hadde et vekstpotensial og Schibsteds egne vurderinger av vekstpotensialet før oppkjøp. Nemnda viste også til at tidligere eier, Aller, hadde tro på at Nettbil ville vokse og at uttalelser fra andre aktører etter at tilsynet hadde åpnet sak, underbygger et stort vekstpotensial. Mht til behovet for tilførsel av kapital, vurderer nemnda dette i avsnitt 168-176 og konkluderer i avsnitt 175 med at det var «tilstrekkelig muligheter for Nettbil til å skaffe investeringer for å finansiere fremtidig vekst», selv om det ikke var sikkert at veksten ville være like rask uten foretakssammenslutningen. Nemnda la i avsnitt 174 til grunn at den manglende interessen fra andre investorer kan ha vært påvirket av muligheten for et oppkjøp fra Schibsted og at både Aller og NAF i styredokumenter i november og desember 2019 ga uttrykk for interesse for å investere videre i Nettbil.

Lagmannsretten vil bemerke at nemnda flere steder i sitt vedtak har brukt formuleringer som kan tyde på at nemnda har vurdert hvorvidt det er en reell mulighet for at Nettbil ville ha fortsatt å vokse uten foretakssammenslutningen, og ikke om dette var den mest sannsynlige utvikling, jf. eksempelvis avsnitt 167 «om det er sannsynlig at ... ville ha kunnet realisere sitt vekstpotensial, eller om en eventuell mangel på investeringsmuligheter uten Schibsted som eier gjør at dette ikke er sannsynlig», og i avsnitt 175 når det konkluderes med at det var «tilstrekkelig muligheter» for at Nettbil ville klare å finansiere fortsatt vekst (lagmannsrettens understrekingen). Et faktum vil kunne være sannsynlig, uten at det er sannsynlighetsovervekt, og vil ikke være usannsynlig selv om det for eksempel bare er 40 prosent mulighet. Der det er flere usikkerhetsfaktorer, må det også foretas en samlet vurdering til slutt. I og med at partene for lagmannsretten har bevisført alle de dokumenter som man mener er relevante og lagmannsretten har full kompetanse, finner ikke lagmannsrettens grunn til å gå nærmere inn på om nemnda har bygget på korrekt beviskrav.

Lagmannsretten registrerer at Nettbil hadde en god vekst fra oppstarten i 2017 til 2019, men denne veksten startet på 0. Selv om det ble solgt 3081 bruktbiler gjennom Nettbil i 2019, var virksomheten fortsatt ikke lønnsom. Konkurransemyndigheten har lagt vesentlig vekt på Nettbils egen positive omtaler av sitt vekstpotensial. Etter lagmannsrettens syn må slike omtaler forstås i lys av at Nettbil forsøkte å selge seg inn hos investorer og at gründerne også hadde en genuin tro på sitt konsept. Det er heller ikke tvilsomt at en forutsetning for vekst og fremtidig lønnsomhet var kapitaltilførsel for å kunne øke volum og reduksjon av markedsføringskostnader pr solgte bil.

Nettbil var i 2019 avhengig av kapitaltilførsel for å kunne ekspandere, og til og med for å kunne fortsette sin virksomhet med samme volum som allerede var oppnådd, idet denne fortsatt gikk med tap. Sommeren 2019 fikk Nettbil et lån på 3 mill kroner hos eieren Aller. Lagmannsretten legger til grunn forklaringen fra Anders Espelund om at disse pengene var

ment som et «nødlån» for å holde virksomheten i gang, og at Aller ikke ville gi ytterligere lån da lånet var brukt opp i oktober 2019. Deretter fikk Nettbil betalingsutsettelse hos NAF, som på transaksjonstidspunktet hadde kommet opp i en restanse på ca 4,1 millioner kroner. Staten har, slik lagmannsretten har forstått argumentasjonen, fremholdt at det først er etter at saken har kommet opp at lånet fra Aller har blitt omtalt som «nødlån» eller «kriselån», og at dette er en taktisk begrepsbruk i sakens anledning. Kriselån og nødlån er ikke en spesiell gruppe lån som det er naturlig å omtale med slik merkelapp når lånet gis. Når situasjonen var slik at Nettbil måtte ha nedskalert eller stanset sin virksomhet om det ikke ble gitt kapitaltilførsel, er dette likevel en økonomisk realitet som vil være relevant ved vurdering av hva som hadde vært den mest sannsynlige alternativsituasjonen.

Det forhold at ingen var interessert i å investere i Nettbil, før det ble innledet samtaler med Schibsted høsten 2019, er etter lagmannsrettens syn en indikasjon på at et alternativt scenario der Nettbil ville fortsette å vokse uten foretakssammenslutning med Schibsted, fremstår som mindre sannsynlig enn det motsatte. Når Konkurransklagenemnda i sitt vedtak avsnitt 174 synes å se bort fra dette ved å vise til at den manglende interessen kan være påvirket av mulig oppkjøp fra Schibsted, dekker dette i beste fall bare de siste månedene før transaksjonen fant sted, og da begrenset til Aller og NAF som begge var kjent med de pågående forhandlingene. Det er ikke ført noen bevis som underbygger at de mulige investorer som Nettbil hadde kontakt med før det ble innledet forhandlinger med Schibsted, var skeptisk av en slik grunn. Aller og NAF hadde dessuten hatt mulighet til å gå inn på eiersiden før det ble aktuelt med oppkjøpt fra Schibsted, med var da ikke interessert. At mulig inntreden på eiersiden er et tema i november/desember 2019, dersom det skulle vise seg at Schibsted ikke kjøper, synes da heller å være utslag av at man vil unngå å tape det man allerede har investert og/eller lånt. Det fremgår således av styremøtereferat i Aller 11.12.2019 (FU s. 2758) at man, i tilfelle forhandlingen med Schibsted ikke førte frem, tok sikte på en utvidelse av aksjekapitalen med kr 10 millioner fra Aller (der konvertering av lånet på 3 mill inngår), kr 15 mill fra NAF og evt. kr 5 mill fra mindre investorer. Om dette hadde blitt gjennomført, ville det etter lagmannsrettens syn ha sikret fortsatt drift. Men uten vesentlig økt volum og/eller reduserte markedsføringsutgifter, ville heller ikke en slik kapitaltilførsel være nok på sikt.

Lagmannsretten er etter dette enig med Schibsted i at den mest sannsynlige alternativsituasjonen var at Nettbil ville ha fortsatt som en nisjeaktør som stadig ville hatt behov for kapitaltilførsel. Etter lagmannsrettens syn kan det ikke utelukkes en mer positiv utvikling, men det er den mest sannsynlige utviklingen som skal legges til grunn.

Konkurransanalyse:

Lagmannsretten har konkludert med Staten ikke har gitt noen overbevisende argumentasjon for at Finn og Nettbil inngår i det samme produktmarked, når dette skal vurderes i tråd med ESAs kunngjøring om markedsavgrensning, og at den mest

sannsynlige alternativsituasjon var at Nettbil ville ha fortsatt som en nisjeaktør som stadig ville hatt behov for kapitaltilførsel. Det må likevel vurderes om det er mest sannsynlig at foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», jf konkurranseloven § 16 første ledd. I denne vurderingen er konkurransenærhet og alternativsituasjon, sentrale elementer.

Statens prinsipale skadehypotese er at vilkåret om konkurranseskade er oppfylt ved av at Finn etter sammenslutningen ensidig kan velge å ta 5-10% høyere pris for sine annonser, eller yte dårligere kvaliteten på sine tjenester, enn om sammenslutningen ikke hadde funnet sted. Nemnda la ved sin vurdering til grunn at det at marginene er svært høye hos Nettbil, tilsier at det vil være lønnsomt for klagerne å flytte salg fra Finn til Nettbil og at dette gir Finn insentiv til å øke prisene, jf. vedtaket avsnitt 227. Nemnda fant denne skadehypotesen særlig relevant for biler med salgsverdi over kr 50 000, siden det er i dette segmentet Nettbil opererer, og la videre til grunn at Facebook Marketplace i liten grad utøver konkurransepress på Finn i dette prissegmentet (avsnitt 229). Nemnda har videre i avsnittene 245 -270 vurdert konkurransenærheten mellom Finn og Nettbil. Det legges i avsnitt 257 til grunn at den kvalitative forskjellen mellom produktene til Finn og Nettbil, ikke er til hinder for at de er nære substitutter. Nemnda har også lagt vekt på interne dokumenter fra Nettbil som viser at det finnes kunder hos Finn, som vurderer Nettbil som et nært substitutt (avsnitt 262) og at Schibsted selv vurderte Nettbil som en konkurrent (avsnitt 264 og 267).

I avsnitt 270 oppsummerer nemda sin kvalitative konkurranseanalyse knyttet til den aktuelle skadehypotesen (negativ utvikling av pris/kvalitet) slik:

«De interne dokumentene viser at klagerne selv vurderer at det er et konkurransepress fra Nettbil mot Finn. Noen av dokumentene gir også uttrykk for at Nettbil er en nærmere konkurrent enn forhandlerne noe som stemmer med Konkurranseskadepanelens vurdering. Dette støtter Konkurranseskadepanelens vurdering av at Nettbil, selv om klagerne produkter er differensierte, utøver et konkurransepress på Finn. Nemnda viser også til at produktet til Nettbil ligger nærmere Finn enn andre aktørers produkter i C2B segmentet gjør. Når Schibsted selv uttrykker at konkurransen fra C2B segmentet er økende, er Nettbil den aktøren i dette segmentet som basert på produktens kvalitative egenskaper er den nærmeste konkurrenten til Finn for biler med en salgspris over 50 000 kroner. Det kan likevel hende at andre aktører i C2B markedet på grunn av sin størrelse på tidspunktet for foretakssammenslutningen utøver et større konkurransepress på Finn. Konkurranseskadepanelen tar ikke endelig stilling til om Nettbil er Finns nærmeste konkurrent for biler med en salgspris over 50 000 kroner, men viser til vurderingen av alternativsituasjonen hvor det ble lagt til grunn at Nettbil mest sannsynlig ville vokst. Kombinasjonen av at produktet til Nettbil er det som kvalitativt ligger nærmest produktet til Finn og at Nettbil mest sannsynlig vil vokse,

tilsier at Nettbil vil utøve et økende konkurransepress på Finn i alternativsituasjonen.»

Lagmannsretten bemerker at i ovennevnte vurdering fra nemnda, er det lagt inn forutsetninger knyttet til markedsavgrensning og alternativsituasjon som lagmannsretten ikke vurderer på samme måte. Selv om Nettbil og Schibsted før transaksjonen kom med utsagn som kan tyde på at de ser på hverandre som konkurrenter, er dette ikke ensbetydende med at de øver et konkurransepress på hverandre som disiplinierer den annen mht pris og/eller kvalitet og at dette som følge av sammenslutningen vil bli svekket i slik grad at Finn ikke ensidig kan øke prisen.

Etter lagmannsrettens syn, er det ikke merkelig at Nettbil og Finn oppleves som alternativer. Også den privatperson som kun velger å annonsere sin bruktbil på Finn, vil kunne komme i den situasjon at vedkommende må velge mellom å akseptere et tilbud som en bilforhandler kommer med, eller å avvente om det kommer et høyere bud fra privat kjøper. Selgeren må altså ta et valg mellom C2C- eller C2B-sporet, men annonseringen er det samme. Ved salgsforsøk kun gjennom Nettbil, velges derimot C2B direkte. Lagmannsretten er enig med saksøker i at dette gjør at Nettbil har mer til felles med bruktbilhandlere og bilauksjoner, enn den rubrikkannonsemarkeds plass som Finn.no er. Det at det er mulig å tiltrekke seg private bilselgere, som ellers ville ha valgt en annen salgskanal, er etter lagmannsrettens syn ikke ensbetydende med at aktørene er konkurrenter som kan eliminere et prisdisciplinerende konkurransepress. Tvert imot gjør fremveksten av digitale løsninger for C2B salg av bruktbiler at Schibsted kan utvide sin aktivitet til den delen av bruktbilmarkedet som før var forbeholdt bilforhandlere, bilauksjoner og kommisjonærer med lager eller fysisk tilgang på bilene under salgsprosessen. Slik utvidelse kan i prinsippet føre til en dominans i det totale bruktbilmarkedet som sådan, men det er ikke denne tilnærmingen konkurransemyndighetene har hatt. Det vil nok være mer nærliggende å reagere på en eventuell fremtidig misbruk av slik dominans.

Den e-posten som Sjøli sendte internt i Schibsted-systemet få dager før avtalen om oppkjøp ble inngått, kan riktignok tyde på at han tillå oppkjøpet større konkurransemessig betydning, men er likefullt bare en subjektiv meningsytring.

På tidspunktet for transaksjonen utøvde Nettbil ikke noe konkurransepress av betydning på Finn. Slik lagmannsretten oppfattet forklaringen fra statens sakkyndige vitne, Brekke, var han for så vidt enig i dette. Det vil da være potensial for vekst i nær fremtid og eliminering av mulig fremtidig konkurransepress, som utgjør konkurranseskaden. Slik lagmannsretten har vurdert alternativsituasjonen, er ikke en slik vekst den mest sannsynlige om sammenslutningen med Finn tenkes borte.

Etter lagmannsrettens syn vil også aktører som Facebook Marketplace og Broom virke disiplinierende for Finns prissetting på rubrikkannonser, ikke bare for biler med verdi under

kr 50 000. Etter lagmannsrettens syn er det langt mer sannsynlig at en liten prisøkning eller kvalitetsreduksjon, fører til at selgere vil prøve ut tjenester som er gratis. Selv om produktet på Facebook Marketplace i dag ikke har samme kvalitet som Finn mht søkbarhet, automatisk henting av informasjon om kjøretøy osv, har annonser der potensial til å nå ut til svært mange brukere. Dersom det først settes i gang en prosess der flere benytter slike tjenester, vil dette igjen generere at flere kjøpere oppsøker slike kanaler, som igjen fører til at slik annonsering blir mer attraktiv. Det er vanskelig å vite hvilken endring som er nok til å sette i gang en slik prosess, men lagmannsretten har ikke grunn til å tro at Finns oppfatning av at slike aktører har en disiplinerende virkning, ikke er riktig. Dette underbygges også av sakkyndig forklaring fra Miguel de la Mano i Compass Lexecon og markedsutviklingen i land som Mexico og Italia der de tradisjonelle rubrikkannonser har tapt vesentlige markedsandeler til Facebook marketplace.

Slik saken ligger an, finner ikke lagmannsrettens grunn til å gå nærmere inn på de økonomiske beregninger av prissensitivitet (GUPPI), som nemnda har foretatt.

Staten har som alternative skadehypoteser anført innovasjonsskade, eventuelt innovasjonsskade i kombinasjon med prisskade. Slik lagmannsretten har forstått denne anførselen, mener staten at sammenslutningen fører til at det blir mindre innovasjon i form av produktutvikling og utvikling av løsninger hos Finn og Nettbil. Staten har mellom annet vist til vedlegg til styremøte i Aller Media AS 11.12.2019 der det ble fremhevet som en ulempe ved den løsningen at Aller og NAF skulle satse på Nettbil, at Schibsted mest sannsynlig ville bygge en direkte konkurrent. Det vises også til at Finn i interne presentasjoner og i uttalelser til media har åpnet for å utvikle nye tjenester.

Etter lagmannsrettens vurdering er de uttalelser og dokumenter som Staten viser til, ikke egnet til å påvise sannsynlighetsovervekt for konkurranseskade som følge av sammenslutningen. De ulike uttalelsene er få og vage når det gjelder mulig utvikling av et tilsvarende produkt som Nettbil, og for en stor del dreier det seg om tilleggsprodukter som Finn rent faktisk har begynt å tilby. Det er heller ikke noe som tyder på at Schibsted kjøpte opp Nettbil for å hindre utvikling. Både de interne dokumentene forut for oppkjøpet og den faktiske utviklingen i ettertid, underbygger at Schibsted ville utvikle produktet videre. Det forhold at gründerne av Nettbil fortsatt er sterkt inne på eiersiden og arbeidet i selskapet, underbygger også at formålet med transaksjonen var å gå inn i en ny del av brukerbilmarkedet og bidra til videre utvikling.

Det at Aller i interne vurderinger vurderte at det var en risiko for at Schibsted ville utvikle en konkurrent om andre satset på Nettbil, medfører ikke at det er sannsynliggjort at Schibsted ville ha gjort dette.

Heller ikke denne skadehypotesen om innovasjonsskade er sannsynliggjort.

Konkurransklagenemndas vedtak er etter dette ugyldig og skal oppheves.

Sakskostnader:

Søkmålet har ført frem og Schibsted har etter tvisteloven § 20-2 (1), jf. § 20-5(1), krav på å få dekket alle sine nødvendige kostnader. Det er ikke grunnlag for å helt eller delvis frita Staten for sakskostnadsansvaret etter tvisteloven § 20-2 (3).

Ved rettsmøtets avslutning 11.02.2022 innga advokat Størdal sakskostnadsoppgave stor kr 7 952 267,85, hvorav kr 1 147 651,85 knytter seg til sakkyndig vitne og ekspertrapport, og det øvrige salær. Ved supplerende sakskostnadsoppgave 04.03.2022 fremmet advokat Størdal videre krav om dekning av utgifter til reise, kost, losji, tolk og kostnader til bistand fra konkurranseøkonom med totalt kr 375 673.

Staten fremsatte ved hovedforhandlingens avslutning innsigelse mot størrelsen på salærkravet. Lagmannsretten har under henvisning til Rt-2011-910 avsnitt 86, ikke funnet grunnlag for å redusere kravet. I tillegg kommer rettsgebyr med kr 43 164. Schibsted tilkjennes dermed kr 8 371 104,85.

Dommen er ikke avsagt innen fristen i tvisteloven § 19-4(5) pga sakens omgang og kompleksitet.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Konkurransklagenemndas vedtak i sak V03-2021 oppheves.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Staten v/Konkurransklagenemnda til Schibsted ASA 8 371 104,85 –åttmillionertrehundreogsyttientusenett hundreogfire 85/100 – innen 2 –to – uker fra dommen er forkynt.

Jarle Golten Smørdal

Arnt E. Skjefstad

Wiggo Storhaug Larsen

Saken gikk delvis for lukkede dører som følge av at enkelte opplysninger som fremkom under rettsmøtet utgjør forretningshemmeligheter, jf. domstolloven § 128. Frem til det er avklart om det er opplysninger i dommens premisser som fortsatt utgjør forretningshemmeligheter, blir hele dommen, med unntak av forsiden og den siden som inneholder domsslutningen, unntatt offentlighet, jf. tvisteloven § 14-3 (1) første punktum. Det vil senest foreligge en offentlig versjon av dommen innen én uke etter at dommen er avsagt. Opplysninger som noen av partene mener utgjør forretningshemmelighet, vil i en offentlig versjon være utelatt frem til spørsmålet er rettskraftig avgjort.

Dokument i samsvar med undertegnet original.

Henriette Bergli Lillestøl

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling dersom anken ikke reiser spørsmål av betydning utover den aktuelle saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.